

La responsabilidad precontractual y la postcontractual

Pre-contractual and post-contractual liability

Alberto Martínez Simón¹

RESUMEN

El presente artículo trata sobre la responsabilidad civil precontractual: Ideas previas, casos que dan pie a la responsabilidad precontractual, negociación que se entabla sin intención de realizar el contrato, contrato concluido declarado luego nulo, por causa que uno de los contratantes sabía, violación del deber de información de circunstancias relevantes para el contrato, violación del deber de confidencialidad, naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, naturaleza jurídica en el rompimiento de tratativas, violación del deber de información y del deber de confidencialidad, naturaleza jurídica de los contratos afectados por nulidad, rubros que se indemnizan y la responsabilidad postcontractual, ideas previas y su naturaleza jurídica.

Palabras clave: Responsabilidad civil, responsabilidad precontractual, responsabilidad postcontractual.

ABSTRACT

This article deals with pre-contractual civil liability: Prior ideas, cases that give rise to pre-contractual liability, negotiation that is entered into without intent to perform the contract, contract concluded declared null, for cause that one of the contractors knew, violation of the duty of information of relevant circumstances for the contract, breach of the duty of confidentiality, legal nature of the pre-contractual liability, legal nature in the breaking of negotiations, violation of the duty of information and the duty of confidentiality, legal nature of the contracts affected by nullity, items that are indemnified and post-contractual liability, previous ideas and their legal nature.

Keywords: Civil liability, pre-contractual liability, post-contractual liability.

¹ MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto. Abogado y Escribano Público, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción con calificación Suma Cum Laude. Profesor de Grado y post grado. Magistrado Judicial.

Introducción

Responsabilidad civil precontractual

Ideas previas

La obligación indemnizatoria puede nacer incluso por los daños producidos en la etapa previa a la conclusión del contrato, mientras las partes discuten sus términos, es decir, en el estadio precontractual. El punto ahora tratado es la *responsabilidad precontractual*, o como también se la llama en doctrina la *culpa in contrahendo*. Esta teoría debe su nacimiento a un estudio realizado el jurista alemán Von Ihering (1860) que se titulara “*De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas*”.

Este tema es, por demás, interesante si partimos del punto en que cotidianamente se estudia el fenómeno indemnizatorio arrancando desde la división binaria de *responsabilidad contractual* y *extracontractual*, casi olvidando a la *responsabilidad precontractual* que tiene un régimen propio.

Este régimen de *responsabilidad precontractual* se aplica, como su nombre lo sugiere, a la eventual obligación indemnizatoria que podría nacer en la etapa de formación del contrato, antes que el mismo quede formalizado y con dicho régimen se busca fijar los parámetros que deberán cumplirse para que, en el acto de negociación previa a la formulación del contrato, el comportamiento de una de las partes de dicha negociación – que todavía no es parte del contrato porque éste aún no se concluyó– reúna los requisitos necesarios para ser considerado como contrario a la *buena fe*, –principio cardinal en la *responsabilidad precontractual* que será desarrollado más adelante– y que, consecuentemente, se proteja a la otra parte que obró con dicha *buena fe*, pudiendo ésta obtener un resarcimiento adecuado.

Sin embargo, debemos destacar que la *negociación* es una actividad esencial para la formulación del contrato, y discutir lo más ampliamente posible, los términos en que quedará constituida la obligación es un derecho básico de quien se obligará. Por tanto, en principio, la persona que negocia un probable contrato no quedará obligada a indemnizar en caso que el mismo no se concluya o que, posteriormente se anule o que se transgreda algún deber surgido en esa etapa previa, como el de confidencialidad, salvo si se comprueba fehacientemente la violación de la buena fe que debió observar la parte. Por ende, en caso

de duda o de falta de prueba certera, la pretensión indemnizatoria deberá desestimarse pues los principios a preservar son el de la *libertad de negociación* y la presunción de *buena fe* en ella, ya que, en caso contrario, estaríamos afectando gravemente el derecho de las personas de negociar adecuadamente sus contratos lo que, a su vez, atentaría contra el crecimiento económico de la sociedad.

Pasaremos a revisar seguidamente los supuestos en los cuales se produce esta *responsabilidad precontractual*, y cuáles son las normativas que rigen la misma.

Casos que dan pie a la responsabilidad precontractual

Negociación que se entabla sin intención de realizar el contrato

En primer lugar, debemos decir una obviedad: las partes son libres de discutir, el tiempo que sea necesario, dentro de los límites de la buena fe y lealtad en los negocios, los términos de los eventuales contratos que formalizarán y pueden retirarse de dichas negociaciones, en cualquier momento, sin necesidad que concluyan los aludidos contratos y sin contraer responsabilidad alguna por no haberlos concluido².

Surge entonces la pregunta *¿Cuándo incurriría en responsabilidad precontractual quien negocia un contrato y no lo formaliza?*

Debemos subrayar que la sola falta de concreción del contrato no implicará, por ello, el nacimiento de una obligación indemnizatoria, conforme lo señaláramos al momento de tratar el principio de la libertad de negociación.

Para que una persona que estuvo negociando un contrato incurra en responsabilidad civil *precontractual* por no haber formalizado aquel, debió haber iniciado o continuado las negociaciones sin intención real de concluir las³. Se hace evidente que quien obre de esta

² Esto último surge muy claramente de los principios **Unidroit**, que regula el tema de la responsabilidad precontractual, en donde se cuida muy bien de establecer, como claro principio, el de la libertad de negociación. Al respecto, el art. 2.1.15 establece: “(Negociaciones de mala fe) (1) **Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.** (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

³ Ver al respecto, el apartado 3 del art. 2.1.15 de **Unidroit** en el que claramente se define a la mala fe, en esos términos.

forma actúa de mala fe o, dicho de otra forma, *no actúa de buena fe*. Se emplea este juego de palabras, pues nuestro Código Civil expresamente impone que en las *negociaciones previas* al contrato, las partes deben comportarse de *buena fe*⁴.

Esto nos lleva a la necesidad de interpretar qué se entiende por *comportarse de buena fe* en el marco de las *negociaciones previas* a la formalización de un contrato. Para responder esta cuestión, debería considerarse que cumple con el requisito de comportarse de *buena fe* –siguiendo la idea central de Unidroit– quien inicia o continúa las aludidas negociaciones previas, estando legítimamente interesado en el contrato proyectado y pretendiendo concluirlo, aun sin estar obligado a ello⁵.

La cuestión se torna entonces muy ardua en cuanto a la *prueba* ya que, en realidad, será muy difícil la demostración que una parte entró en las *negociaciones previas* al contrato –o las continuó– sin la intención real de formalizar el mismo, debiendo decirse que dicha prueba pesa sobre quien reclama la indemnización –el actor, en caso de una demanda– quien debe demostrar que la otra parte –con quien entablara las mentadas *negociaciones previas* que no concluyeron en la formalización del contrato en cuestión–

Para graficar lo dicho, traigamos un caso como **ejemplo**, el mismo que diera **Unidroit**: “... ‘A’ se entera de la intención de ‘B’ de vender su restaurante. ‘A’ no tiene la intención de comprar dicho restaurante, pero entabla largas negociaciones con el único propósito de evitar que ‘B’ le venda el restaurante a ‘C’, un competidor de ‘A’. ‘A’ se retira de las negociaciones tan pronto como ‘C’ ha comprado otro restaurante. ‘B’ logra finalmente vender su restaurante a un precio menor que el ofrecido por ‘C’. En este supuesto, ‘A’ es responsable ante ‘B’ por la diferencia de precio que éste pudo haber obtenido de haberle vendido el restaurante a ‘C’.” <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

⁴ **Art. 689 C.C.** En el **desarrollo de las negociaciones** y en la formación del contrato, deben las partes **comportarse de acuerdo con la buena fe**.

El antecedente de esta norma, la encontramos en el **art. 1032 del Anteproyecto de De Gásperi** redactados en términos idénticos: En el **desarrollo** de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.

A su vez, **De Gásperi** recurrió evidentemente al **art. 1337 del C.C. italiano de 1942**, que disponía casi en los mismos términos antes transcritos: **Tratativa y responsabilidad precontractual**. Las partes, en las negociaciones y en la formalización del contrato, deben actuar de **buena fe**.

Una norma similar la encontramos en el **Código Civil y Comercial argentino** que dispone: **Art. 991 C.C. y C. argentino del 2015. Deber de buena fe**. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes **deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente**. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

⁵ Debe rescatarse lo dispuesto por **Unidroit**, cuyo **art. 2.1.15. in fine**, cuyo texto completo se verá más adelante, donde se define a la **mala fe** de esta forma: “*En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo*”. Esta definición es por demás útil, pues indica claramente qué debería entenderse por **mala fe** en las negociaciones previas y, al respecto, señala en forma puntual que dicha conducta será aquella en la cual un negociante no tenía la intención real de concluir el contrato en cuya **negociación** había participado.

nunca tuvo la intención real de formalizar el mentado contrato, habiendo así actuado de mala fe. Debemos remarcar que **no podrá presumirse** esa intención de no concluir el contrato y que, en caso de falta de pruebas, el reclamo indemnizatorio deberá ser desestimado.

Dada la claridad de la definición que propone el **art. 2.1.15** de los **principios Unidroit**, versión 2010, que regula adecuadamente el tema de la *responsabilidad precontractual* en cuanto a las *negociaciones previas emprendidas de mala fe*, es recomendable que, en la resolución de los eventuales conflictos judicializados en los que se reclame la *responsabilidad precontractual* de una de las partes, los órganos judiciales apliquen dicha disposición para la resolución de los mismos.

Contrato concluido declarado luego nulo, por causa que uno de los contratantes sabía

Otro de los extremos que da pie a la *responsabilidad precontractual* es aquel en el cual una de las partes tenía conocimiento –o debía tenerlo– sobre una causa que posteriormente provoca la **declaración de invalidez** del contrato y que, en la *etapa previa al mismo*, es decir, durante las *negociaciones*, no hubiera dado noticia oportuna de dicha causa y de su eventual repercusión en la validez del contrato, a la otra parte. Como **ejemplo** de estos casos, se trae a colación el de una persona que vende a otra un cuadro atribuyendo falsa y dolosamente la autoría del mismo a un pintor famoso, sabiendo que es una falsificación. Se concluye el contrato, propiciado por dicho engaño y, posteriormente, se descubre el dolo, lo que produce la anulación del contrato. Al mismo tiempo y por la misma causa podría reclamarse una indemnización por esta responsabilidad *precontractual*.

Con ello queda en claro que, en este caso, se impone el *deber de información* a la otra parte, deber cuya delimitación es un tema complejo y que se presenta para las partes que van a contratar en algunos casos –como en este– mientras que en otros, no.

Ante la falta de proveer información a la otra parte, nos encontramos en presencia también de una *responsabilidad precontractual*, porque el origen de dicha obligación indemnizatoria está en la *etapa previa* al contrato. Se da durante el tiempo en que las partes negociaban el acuerdo que, finalmente, formalizan, pero existiendo una causa que podría provocar la nulidad de dicho contrato, causa que una de las partes que negociaba conocía, y que, para no impedir la formalización del contrato, omitió contárselo a la otra. Posteriormente, el contrato es declarado nulo, por esa misma causa que uno de los

negociantes calló. En este caso, dada la declaración de nulidad y constatado que fuere que uno de los negociantes conoció de dicha causa –o debió ineludiblemente conocerla– y no la puso en conocimiento del otro, éste podrá reclamar los daños que le fueran ocasionados por dicha declaración de invalidez del acto jurídico⁶.

Como ejemplo, pensemos en el caso de quien vende a otro un objeto, presentándolo como de ciertas características –por caso, volvamos al ejemplo del cuadro falsificado de un autor renombrado– sabiendo que el bien no las tiene –en el caso, el cuadro es falso–; en ese caso, existe dolo. Posteriormente, el acto jurídico se anula por ese vicio de la voluntad y ello da pie, igualmente, a que se solicite la indemnización correspondiente por los daños causados, que tuvieron su origen al momento de la negociación siendo, por ende, precontractuales.

Violación del deber de información de circunstancias relevantes para el contrato

Una de las obligaciones que surge de las negociaciones precontractuales es el deber de información de las circunstancias relevantes.

Esta obligación de informar a la otra parte negociante, se funda en la desigualdad de las partes en cuanto al conocimiento de las circunstancias relevantes, que son necesarias saber para realizar una adecuada manifestación de voluntad que la vincule al acto jurídico cuya negociación está en proceso. Este deber de información busca evitar los eventuales abusos del derecho que podría ejercer aquella parte de la negociación que está en una posición dominante con respecto a la otra, de modo tal que la parte que menos sabe sobre las particularidades del caso no se encuentre en una marcada diferencia en referencia a su contraparte. La mentada desigualdad de las partes obliga a quien está en posesión de información relevante, a proveérsela a la otra, cuando ésta no pudo acceder a ella, por su

⁶ **Art. 690 C.C.** La parte que, **conociendo, o debiendo conocer**, la existencia de una *causa de invalidez del contrato*, **no hubiere dado noticia de ella a la otra parte**, será obligada a **resarcir a ésta el daño** que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

Unidroit, comentario oficial hecho al **art. 2.1.15.** de la versión 2010: “*Otros ejemplos son aquellos en que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que, dada la naturaleza de las partes y/o del contrato, debieron haber sido revelados*”. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

Unidroit. Art. 3.2.16. (Daños y perjuicios). Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte **que conoció o debía haber conocido la causa de anulación** se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

condición económica, social o cultural. Claramente puede notarse, como mar de fondo de esta obligación, la imposición de la buena fe en las transacciones.

Habrà que trazar, en primer lugar, una división entre la información que la parte debe proveer a la otra, obligatoriamente, por ser aquella relevante para el negocio en curso, de las informaciones que forman parte de su patrimonio privado y podrá guardársela, sin necesidad de proveerla a la otra parte.

En ese sentido, la parte que negocia un contrato debe proveer a la otra de toda la información que sea pertinente y necesaria para que ésta última tenga un acabado conocimiento de los aspectos esenciales y relevantes del objeto del acuerdo a fin de poder producir una manifestación de voluntad eficaz, teniendo en cuenta los datos y circunstancias que atañen al contrato que formalizará.

Quien esté obligado a cumplir este deber de información debe proveer a la otra parte de la negociación los datos necesarios en forma clara, oportuna y completa.

a) Información clara: a respecto, cabe señalar que la claridad de la información se refiere principalmente al lenguaje utilizado. Este lenguaje debe ser entendible para quien recibe la información de conformidad a su nivel intelectual y cultural, y debe estar redactado en un lenguaje sin ambigüedades ni vaguedades de modo tal que su comprensión no represente un obstáculo para el recipiendario de esos datos.

b) Información oportuna: la información dada debe ser oportuna, es decir, debe ser proveída en el momento adecuado de modo tal que el recipiendario pueda hacer una evaluación de las circunstancias del contrato, de modo tal a tomar la decisión adecuada y así, definir si el negocio conviene o no a sus intereses. Si la información es proveída sin la anticipación suficiente al momento en que se concretará el contrato, la misma no podría ser suficientemente evaluada por quien la recibe, y su decisión podría no ser la adecuada. Como ejemplo de la información oportuna citemos el caso del contrato de seguro en el cual la empresa aseguradora necesita información clara y completa sobre el nivel de riesgo de quien será el asegurado y, obviamente, dicha información debe proveerse oportunamente, es decir, con la antelación suficiente para que la aseguradora decida si tomará o no el riesgo y, en su caso, cuánto cobrará por ello, ya que a mayor nivel de riesgo, la póliza es más cara.

c) Información completa: la información debe ser completa en el sentido –ya referido más arriba– que deben entregarse todos aquellos datos que sean relevantes para el contrato

que se está negociando. En ese sentido, en atención al principio de la buena fe, habrá de considerar qué informaciones deberán ser proveídas a la otra parte, que sean relevantes para que ella tome la decisión adecuada al momento de formular el contrato. Como ejemplo de información completa podríamos citar aquel caso de quien oferta la venta de una propiedad inmueble, indicando que en las cercanías existen plazas, espacios verdes y campos de deportes, dando a entender que quien comprara esos bienes podría disfrutar de los mismos, cuando dichos espacios de esparcimiento no son públicos, sino privados, y el acceso a los mismos está restringido a las personas extrañas.

Violación del deber de confidencialidad

En el marco de las discusiones de un contrato, una parte puede acceder a datos sensibles de la otra parte, por ejemplo, estados contables, lista de clientes, sistemas y estrategias de producción y de comercialización, de mercadeo o, incluso, secretos industriales, entre otros.

Esta información es sumamente valiosa para su propietaria, pues guarda relación con el desenvolvimiento de la actividad económica de la misma y su obtención tuvo, probablemente, un alto costo, de modo tal que, si un tercero accediera a dicha información, o fuere utilizada por la otra parte que estaba negociando el frustrado contrato, ello podría causarle un gran perjuicio a la propietaria originaria de esos datos. Por tanto, quien acceda a dicha información sensible en el marco de tratativas previas a un contrato, está obligado a no revelársela a terceros ni a usarla en forma inapropiada en su propio beneficio. En caso de no hacerlo, deberá pagar una indemnización de daños que podría incluir, además, un monto por el beneficio obtenido por quien usó, en su provecho, la información, en la medida de su enriquecimiento. En nuestro país este extremo no se encuentra regulado, sin embargo, sí se encuentra en legislación extranjera, así como en las reglas Unidroit, pudiéndose aplicar la misma solución por la vía de la construcción pretoriana⁷.

⁷ **Art. 2.1.16. Unidroit. Deber de confidencialidad.** Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Art. 992 C.C. y C. argentino del año 2015. Deber de confidencialidad. Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

Cabe señalar que este deber de confidencialidad se mantiene aún si se haya concretado o no el contrato, ya que no sería apropiado exonerar de la responsabilidad derivada del mal uso de dichos datos sensibles, si el contrato fue formalizado.

Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual

Surge la cuestión de determinar si la responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad contractual o por las de la extracontractual.

Sostenemos que no puede darse una única respuesta, y dependerá de qué caso sea, para encuadrar en uno u otro supuesto.

Adelantamos que, según nuestro criterio, habrá casos de responsabilidad precontractual a los que deban aplicarse las normas de la responsabilidad contractual, como los del rompimiento intempestivo de las tratativas, o las violaciones a los deberes de información y confidencialidad, y habrá de aplicarse las normas de la responsabilidad extracontractual a los casos en los que un contrato se anule como efecto de una causa existente al momento en que el contrato fuera negociado. Expliquemos seguidamente los motivos.

Establecer si se aplican unas reglas u otras es importante, dadas las notables diferencias de tratamiento en algunas cuestiones como los plazos de prescripción, la distinta extensión del resarcimiento, etc.

Naturaleza jurídica en el rompimiento de tratativas, violación del deber de información y del deber de confidencialidad

Al respecto, debemos señalar que la mayoría de la doctrina se ha inclinado a considerar que la responsabilidad precontractual debe regirse por las normas de la responsabilidad extracontractual. Siguen en esto al modelo francés, para el cual todos estos casos de responsabilidad precontractual son atendidos con las reglas de la responsabilidad extracontractual, en razón que la doctrina de ese país sostiene que, para que exista responsabilidad contractual, es requisito ineludible un contrato válido; como en estos casos, contrato no hay porque no se formalizó, se aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Para una minoría, en posición que compartimos, a estos casos de responsabilidad precontractual –de rompimiento de tratativas y violación de los deberes de información y

confidencialidad– deben aplicársele las normas de la responsabilidad contractual, en razón que ya existen para las personas que negocian un contrato, ciertas *obligaciones legales previas*, derivadas de la buena fe y que no son obligaciones generales, sino obligaciones específicas que se deben entre sí sólo esas personas, como el *deber de buena fe en las negociaciones*, el *deber de información* y el *deber de confidencialidad*.

Por tanto, existiendo ya obligaciones preexistentes y, por ende, un vínculo jurídico entre ellas, las reglas que se aplican deben ser las de la responsabilidad contractual. Concordante con esta posición, sostiene la doctrina alemana e italiana que en los contratos que se están negociando hay obligaciones legales, ya previas, derivadas del principio de buena fe.

Naturaleza jurídica de los contratos afectados por nulidad

Según dispone nuestro Código Civil paraguayo, los actos sancionados de nulidad –sean éstos nulos o anulables– no producen los efectos de los actos jurídicos, pero sí tienen los efectos de los actos ilícitos, en cuanto a las obligaciones de reparación que generan⁸.

Al disponer nuestra ley, por ende, que los actos sancionados de nulidad derivan en indemnizaciones con las mismas reglas que los actos ilícitos, claramente el Código Civil nos está indicando que, si el acto jurídico se invalida, aunque sea por una causa existente al momento de su gestación o negociación, deberán aplicarse las disposiciones de la responsabilidad extracontractual que son las que se aplican para los casos de indemnización por actos ilícitos.

Con esto, el mismo Código Civil nos ha marcado el camino a seguir en cuanto a las reglas que se aplicarán cuando la nulidad sea declarada y se genere una indemnización en virtud al art. 690 del C.C.

Rubros que se indemnizan

Una cuestión no menor es determinar *qué* se indemniza cuando se reclama una indemnización *precontractual*.

⁸ **Art. 364 C.C.** Los actos nulos y los anulables que fueron anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, **pueden producir los efectos de los actos ilícitos**, o de los hechos en general, cuyas **consecuencias deben ser reparadas**.

Al respecto se ha desarrollado la idea del *interés negativo* como parámetro de aquello que debe ser pagado en estos casos. Sumamente reveladoras sobre el **alcance indemnizatorio** que debería tener la *responsabilidad precontractual* está dada por la misma **Unidroit**, en el *comentario* oficial hecho al **art. 2.1.15** de la versión 2010, cuando indica:

“La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (párrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada ‘confiabilidad’ (reliance) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)”.
(<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.)

De la opinión citada puede extraerse entonces que correspondería que se paguen, en primer término, los *gastos incurridos* en la tramitación de las negociaciones y hasta la *pérdida de chance*⁹ del contrato que no llegó a formularse, pero excluyendo el lucro cesante que se hubiera percibido de haberse concluido el contrato en cuestión¹⁰.

⁹ **Trigo Represas** había definido la *chance* en estos términos: “Se entiende por ‘chance’, pues, la probabilidad suficiente de una ganancia, que se frustra por culpa del responsable; o, más precisamente –como bien lo resolvió la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil– la privación de la oportunidad de participar, con algún grado serio de probabilidad, en un evento o disputa de resultado incierto, en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio económico”. **TRIGO REPRESAS**, Félix Alberto. *Pérdida de Chance*. 1ª ed. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2008, ps. 25/26.

“La pérdida de chance es daño actual resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico, que resulta frustrada por culpa del responsable. La pérdida de las posibilidades o chances es un daño indemnizable. Si la posibilidad frustrada era muy vaga o dudosa, el daño sería eventual o hipotético. Pero si esa posibilidad en cambio era bastante fundada, el daño aparece como cierto” (Del Voto del Dr. Antonio Fretes. CSJ, Sala Civ. y Com. Juicio: Farrés, Olegario y otros c/ Bancoplus SAIF. Ac. y Sent. 1580. 27/12/2002. LLP 2003, 160. Cita Online: PY/JUR/207/2002.

¹⁰ “Es un mérito no menor de De Gásperi el afirmar, en tiempos en los cuales el desarrollo de la figura no era todavía el ideal, que en el supuesto de la responsabilidad pre-contractual debe indemnizarse el daño al ‘interés negativo’ o ‘reliance interest’; hoy día como el simple recurso a los Principios Unidroit o los Principios Europeos de Derecho Contractual demuestra con diáfana claridad, esta es la postura mayoritaria. De lo contrario, no estaríamos ante una responsabilidad pre-contractual, pues pondríamos al sujeto dañado por la negociación en la misma posición que hubiese estado de haberse celebrado el contrato; un despropósito jurídico que exime de mayor comentario.” MORENO RODRIGUEZ ALCALA, Roberto. *Arqueología de la Responsabilidad Civil en el Derecho Paraguayo. Un ensayo sobre los daños en el Anteproyecto De Gásperi y su proyección en el Código Civil*. La Ley Paraguaya. Asunción, Paraguay. 2009, p. 132.

Responsabilidad postcontractual

Ideas previas

En la responsabilidad postcontractual, partimos del punto que el contrato, en principio, se extinguió, pues venció el término o se cumplieron las prestaciones principales que habían sido pactadas entre las partes, y surgen entonces, ciertas consecuencias dañosas derivadas del mismo contrato ya extinto.

Ejemplo: se ha dicho que existe responsabilidad postcontractual, cuando una empresa comercial contrató a una modelo, como imagen publicitaria de sus productos, acordándose que dicha imagen sería usada durante cierto periodo de tiempo. Sin embargo, una vez vencido el contrato, y extinguido el mismo por dicho vencimiento, la persona jurídica siguió usando la imagen de la modelo que había sido contratada.

Ejemplo: se ha dicho que existe responsabilidad postcontractual cuando una persona se ha desvinculado laboralmente de una empresa, realiza actividades en competencia con quien había sido su empleadora y revela secretos industriales o comerciales de ésta, secreto

Ramos (2008) cita a Gherzi:

Responsabilidad poscontractual. En ciertos casos una de las partes de un contrato puede responder a la otra con posterioridad a su extinción. En principio, podría parecer que terminado el contrato ya no habría ningún tipo de vinculación ni obligación entre las partes; pero existen situaciones donde no obstante la finalización del contrato, siguen vigentes ciertas obligaciones. Carlos Alberto Gherzi. Este autor para explicar lo anterior se vale de un ejemplo en el contrato de franchising ‘donde el franquiciante (dador de la franquicia: Mc Donald’s, Burger King), le revele al franquiciado los secretos de su negocio, es decir, cómo se hace para desarrollar y realizar ese tipo específico de comercialización. Luego de finalizada dicha relación contractual, quien recibió la información debe mantener la confidencialidad de todo el know how del negocio franquiciado, puesto que si bien después de terminado el contrato cesaría la relación entre las partes, continúan existiendo ciertas obligaciones dado que –justamente– en virtud de dicha vinculación, una de las partes (el franquiciado) pudo llegar a conocer ciertos secretos exclusivos del franquiciante, que no debe revelar’. (pp. 13 y 14)

Naturaleza jurídica

Siendo que el contrato que existiera entre las partes ya se encuentra extinto, cabe preguntarse cuál es el régimen jurídico aplicable, es decir, si se debe considerar que a la responsabilidad postcontractual, se aplican las reglas de la responsabilidad contractual o las de la responsabilidad extracontractual.

La mayoría de la doctrina sostiene que a la responsabilidad postcontractual se le aplican las reglas de la responsabilidad contractual. Se funda esta línea doctrinaria en el hecho que, aún vencido o cumplido el contrato, subsisten para las partes ciertas obligaciones accesorias, incluso tácitas o implícitas derivadas principalmente de la buena fe.

Vayamos a un ejemplo: si una persona adquirió secretos de producción, industriales o de comercio por el cargo que ocupaba dentro de una empresa, se entiende que, aun cuando la relación contractual principal ya se haya extinguido, subsiste el deber de confidencialidad de esos secretos y, por ende, aquella persona que ocupara el cargo, no podrá develarlos ni utilizarlos en su provecho o contra los intereses de quien había sido su empleadora, pues permanece vigente la obligación de buena fe, pues ésta deriva del mismo contrato que, aún extinto, conserva este tipo de obligaciones accesorias, que se encuentran presentes en forma tácita o implícita.

Bibliografía

- Moreno Rodríguez Alcalá, R. (2009) *Arqueología de la Responsabilidad Civil en el Derecho Paraguayo. Un ensayo sobre los daños en el Anteproyecto De Gásperi y su proyección en el Código Civil*. Asunción. La Ley Paraguaya.
- Ramos, R. (2008) *De la responsabilidad extracontractual*. 4ª Edic. Actualizada. Concepción. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Fondo de Publicaciones.
- Trigo Represas, F. (2008) *Pérdida de Chance*. 1ª ed. Buenos Aires. Editorial Astrea.